# - AUSZUG -

Christoph Degenhart

Spielhallen und Geldspielgeräte

in der Kompetenzordnung

des Grundgesetzes



Nomos

BUC\_Degenhart\_1221-2.indd 1 16.01.14 08:29

Prof. Dr. Christoph Degenhart Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes **Nomos** 

BUT\_Degenhart\_1221-2.indd 3 15.01.14 09:01

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-1221-2

#### 1. Auflage 2014

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

BUT\_Degenhart\_1221-2.indd 4 13.01.14 09:55

#### Vorwort

Mit der Föderalismusreform 2006 wurde das "Recht der Spielhallen" aus der konkurrierenden Zuständigkeit für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder übergeleitet. Dies nehmen die Länder in zunehmendem Maße zum Anlass, das gesamte Geschehen in und um Spielhallen zu reglementieren, mit dem Ziel, das gewerbliche Geldspiel in weitem Umfang zurückzudrängen. Das Recht des gewerblichen Geldspiels, insbesondere auch das Recht der Geräteaufstellung wurde jedoch bewusst nicht in die Kompetenzverlagerung mit einbezogen und ist in der Gewerbeordnung i.V.m. der Spielverordnung erschöpfend durch Bundesrecht geregelt. Die Verfassungsänderung bedeutet einen tiefgehenden Eingriff in eine langjährig gewachsene, vielfach verzahnte Materie. Die sich hieraus ergebenden Abgrenzungsfragen und Kompetenzkonflikte sind Gegenstand der nachstehenden Untersuchung, die durch eine gutachtliche Anfrage der Deutschen Automatenwirtschaft angeregt wurde. Mit ca. 70.000 Beschäftigten, davon rund 70 % Mitarbeiterinnen, hat die Branche in 2012 mit Geldspielgeräten einen Umsatz von ca. 4,4 Milliarden Euro erwirtschaftet. An insgesamt gut 9.000 Standorten werden gewerbliche Spielhallen betrieben. Die Untersuchung möchte damit einen Beitrag leisten zur Durchdringung der durch die Föderalismusreform aufgeworfenen, komplexen kompetenzrechtlichen Fragestellungen.

Leipzig/Berlin, im Januar 2014

Prof. Dr. Christoph Degenhart

# Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung: Gutachtensauftrag – der Gang der Untersuchung	13
I. Normative Ausgangslage	14
1. Föderalismusreform 2006: Kompetenzverlagerung auf die Länder	14
<ul><li>a) Inhalt und Begründung der Grundgesetzänderung</li><li>b) Die prinzipielle Fragestellung: Bestimmung der</li></ul>	14
Kompetenzmaterie	15
2. Einfachgesetzliche Rechtslage, insbesondere: gewerbliches	
Gewinnspiel nach GewO	16
a) Überblick: Glücksspiel zwischen Ordnungsrecht und	
Gewerberecht	16
aa) Ordnungsrechtliche Regulierung des Glücksspiels	16
bb) Regelung des Gewinnspiels im Gewerberecht	17
b) Geräteaufstellung, andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit: § 33 c	
bis e GewO	19
c) Spielhallen, § 33 i GewO	21
d) Verordnungsermächtigung und untergesetzliches Recht	22
aa) § 33 f GewO – Inhalt der Norm und Änderungshistorie	22
bb) Entwicklung des Verordnungsrechts	24
e) Bilanz: gefestigter Normenbestand	26
aa) Verfassungsänderung und gefestigte Rechtslage	26
bb) Zusammenfassende Chronologie der Rechtsentwicklung	27
3. Landesrecht nach der Verfassungsänderung	28
a) Glücksspieländerungsstaatsvertrag	28
b) Ausführungsgesetze / Spielhallengesetze der Länder	30
aa) Standorte und Geräteaufstellung	31
bb) Sperrdateien	32
cc) weitere Betreiberpflichten	33
c) Bilanz der Landesgesetzgebung	35
II. Gewerberecht und Recht der Spielhallen im bundesstaatlichen	
Kompetenzgefüge	37
1. Die kompetenzrechtliche Fragestellung	37
a) Zur Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz: Auslegung der	
Kompetenznorm und kompetenzmäßige Zuordnung	37

	b) Recht der Spielhallen als Kompetenzbegriff – Problemstellung	
	und Meinungsstand	38
	aa) § 33 i GewO als Bezugspunkt	38
	bb) Gegenstimmen	39
	c) Der kompetenzielle Anspruch im GlüÄndStV	40
	d) Ersetzungsbefugnis der Länder, Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG	41
	aa) "Ersetzung" i.S.v. Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG	41
	bb) "Gemengelage" von Bundes- und Landesrecht	42
	cc) Ersetzungsbefugnis und "Lebensbereiche"	43
	dd) Weitere Kompetenzmaterien	44
	e) Die nähere kompetenzrechtliche Fragestellung	45
	aa) Komplexität der kompetenzrechtlichen Fragestellung	45
	bb) Gesetzgebung im Schnittfeld von Bundes- und	
	Landeszuständigkeit – Überblick	46
2.	Die kompetenzrechtliche Fragestellung in ihrer Bedeutung für die	
	Gesetzgebung der Länder – Schwerpunkte der Kompetenzkonflikte	48
	a) Erlaubnisvoraussetzungen – Abstandsregelungen und	
	Verbundverbot	48
	aa) Erlaubnispflicht	48
	bb) Abstandsregelung und Verbundverbot ohne Vorbild in der	
	GewO	49
	cc) Zusammenfassung der kompetenzrechtlichen Fragestellung	50
	b) Anforderungen an Gestaltung und Betrieb, insbesondere:	
	zahlenmäßige Begrenzung der Spielgeräte – Ersetzung des § 3	
	SpielV	51
	aa) SpielV und Ermächtigungsgrundlage – zur	
	Ersetzungsbefugnis des Landesgesetzgebers bei	
	Rechtsverordnungen	51
	bb) Die kompetenzrechtliche Fragestellung – Zahl der	
	Spielgeräte	51
	cc) Abgabe von Speisen und Getränken	52
	c) Zusätzliche Anforderungen an den Betrieb: Sachkundenachweis	
	und Sozialkonzept	53
	aa) Landesrechtliche Anforderungen und Bundesrecht	53
	bb) Kompetenzrechtliche Fragestellung	54
	d) Werbebeschränkungen und -verbote, Gestaltung der Spielhallen	54
	aa) Landesrechtliche Beschränkungen	54
	bb) Die kompetenzrechtliche Fragestellung	55

e) Sperrdateien als Kompetenzfrage	55
aa) Selbstsperren als Instrument des Spielerschutzes im	
Glücksspielrecht	55
bb) Zentrale Sperrdateien	56
cc) Die kompetenzrechtliche Fragestellung	57
aaa) Die grundsätzliche Fragestellung: ordnungsrechtliche	
Überformung des Gewerberechts?	57
bbb) Fragen kompetenzmäßiger Zuordnung	57
f) Ermächtigung zu weitergehenden Regelungen	58
3. Spielhallen und Spielgeräte als Recht der Wirtschaft	58
III. Recht der Spielhallen, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – Inhalt und Tragweite	
der Kompetenznorm	60
1. Kompetenzmaterie "Recht der Spielhallen" – Bestimmung nach	
§ 33 i GewO	60
a) Historische Auslegung und Entwicklung des Rechtsgebiets –	
normativ-rezeptive Benennung der Kompetenzmaterie	60
b) Spielhallenrecht als normativ vorgeprägte Materie –	
Anknüpfung an § 33 i GewO	63
c) Bestätigung durch die Entstehungsgeschichte	64
aa) Bedeutung für die Verfassungsauslegung	64
bb) Genese des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG	65
aaa) Föderalismuskommission	65
bbb) Umsetzung in der Föderalismusreform	67
d) Verifizierung an Hand weiterer Auslegungskriterien	68
2. Bestimmung der Kompetenzmaterie in Abgrenzung sachlich	
zusammenhängender Kompetenzbereiche	70
a) Einfachgesetzliche Abgrenzung der Materien und	
Kompetenznorm	70
aa) Abgrenzungserfordernisse	70
bb) Vorgefundene normative Abgrenzung	70
cc) Maßgeblichkeit des örtlichen Regelungsbezugs	71
dd) Insbesondere: örtlicher Regelungsbezug und Jugendschutz	72
b) Keine Erweiterung der Länderkompetenz kraft	
Sachzusammenhangs	73
aa) Entgegenstehende positive Entscheidung des	
verfassungsändernden Gesetzgebers	73
bb) Fehlende Voraussetzungen einer Länderkompetenz kraft	
Sachzusammenhangs	73

	3. Tragweite der Kompetenznorm und Schranken der	
	Kompetenzausübung	74
	a) Beschränkung des Landesgesetzgebers	74
	b) Verfassung nach Gesetz? – keine unzulässige Verengung der	
	Landeskompetenzen	75
	c) Recht der Wirtschaft und ordnungsrechtliche Konzeption –	
	Wertungswidersprüche zwischen Bundesrecht und Landesrecht	76
	aa) Gewerberechtliche Konzeption des Bundesrechts	77
	bb) Landesrecht	77
	cc) Wertungswidersprüche	78
	d) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	79
	aa) Widerspruchsfreiheit als rechtsstaatliches und	
	bundesstaatliches Problem	79
	bb) Lösungsansätze	81
	aaa) Die Vorranglösung: das Beispiel Abgabenkompetenz	
	und Sachkompetenz	81
	bbb) Die kompetenzrechtliche Lösung	82
	ccc) "eng verzahnte Materien"	82
	ddd) Bilanz: Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als	
	Verfassungsdirektive	83
	e) Zusammenfassung zur Tragweite der Kompetenzmaterien	83
IV.	Aktuelle Gesetzgebung zum Recht der Spielhallen und des	
	gewerblichen Gewinnspiels: Kompetenzprüfung	85
	Kriterien kompetenzmäßiger Zuordnung	85
	Erlaubnisvoraussetzungen	86
	a) Mindestabstände zwischen Spielhallen und zu anderen	00
	Einrichtungen, Verbundverbot	87
	aa) kein Recht der Spielhallen nach § 33 i GewO	87
	bb) Kompetenzielle Zuordnung der Abstandsregelungen und des	07
	Verbundverbots	89
	aaa) Recht der Geräteaufstellung	89
	bbb) Bodenrecht, Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG	91
	ccc) Kompetenzrechtliche Qualifikation – Art. 74 Abs. 1	, ,
	Nr. 7, 11 und 18 GG	93
	ddd) Kompetenzsperre	94
	cc) Ergebnis: Kompetenzwidrigkeit der Abstandsregelungen	
	und des Verbundverbots	94

b) Anforderungen an die Gestaltung, insbesondere Aufstellung und	
Anzahl der Geräte, Ersetzung von § 3 SpielV	95
aa) Recht der Geräteaufstellung und Spielhallenrecht –	
Abgrenzung der Kompetenzbereiche und SpielV	95
bb) Ersetzung von § 3 Abs. 2 SpielV durch Landesrecht? –	
kompetenzmäßige Zuordnung	97
cc) Ersetzung von § 3 Abs. 3 SpielV?	98
dd) Ergebnis: keine Ersetzung der SpielV	99
c) Zusätzliche Erlaubnisvoraussetzungen und Anforderungen an	
den Betrieb: Sachkundenachweis und Sozialkonzept	99
aa) Landesgesetzliche Anforderungen im Rahmen der	
Ersetzungsbefugnis des Art. 125 a Abs. 1 GG?	99
bb) Bundesrecht: zur Novelle der GewO	100
cc) Abgrenzung der Kompetenzsphären	101
d) Äußere Gestaltung der Spielhallen, Werbebeschränkungen	102
aa) Verbot der Spielwerbung durch Außengestaltung der	
Spielhallen als Kompetenzverstoß	102
bb) Verbot der Werbung im Fernsehen und im Internet	104
e) Sperrdateien	105
aa) Wirkungen	105
bb) Kompetenzwidrigkeit	106
aaa) kein örtlicher Regelungsbezug	106
bbb) Spielersperre als Instrument des materiellen Spielrechts	
<ul> <li>die maßgebliche kompetenzielle Zuordnung</li> </ul>	107
ccc) Kompetenzverstoß und Konzeptwidrigkeit	108
ddd) Zur Spielerkarte	109
f) Ermächtigung des § 28 Satz 2 GlüÄndStV	110
g) Exkurs: Kompetenzfragen des § 13 Nr. 7 a SpielV neu –	
Mehrplatzspielgeräte (Entwurfsfassung)	110
V. Ergebnisse: kompetenzwidriges Landesrecht – zusammenfassende	
Bewertung	113
Dewertung	
1. Einzelne Kompetenzverstöße	113
2. Landesrecht im Widerspruch zur bundesrechtlichen Konzeption	115
usammenfassung wesentlicher Froehnisse	117

# Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse

#### I. Normative Ausgangslage

- Föderalismusreform: Mit der Föderalismusreform 2006 erlangten die Länder die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das "Recht der Spielhallen". Die Kompetenzverlagerung bezieht sich nicht generell auf das Recht des gewerblichen Geld-Gewinnspiels. Dieses wurde bewusst nicht einbezogen.
- 2. Gewerberechtliche Konzeption: Das Spiel an Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit sowie Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit waren herkömmlich stets gewerberechtlich geordnet, im Unterschied zum Recht der Spielbanken und Lotterien. Die rechtliche Regelung des gewerblichen Gewinnspiels beruhte im Zeitpunkt der Föderalismusreform auf einer gefestigten, kontinuierlichen Rechtsentwicklung und ist weiterhin in dieser Kontinuität zu sehen.
- 3. Gesetzgebung der Länder: Die seitherige Gesetzgebung der Länder zu Spielhallen und zu gewerblichem Gewinnspiel ist durch eine vorrangige Ausrichtung an den Zielen der Einschränkung des gewerblichen Gewinnspiels, insbesondere in Spielhallen gekennzeichnet. Sie verdeutlicht den kompetenziellen Anspruch der Länder, das gesamte Geschehen in und um Spielhallen zu regulieren. Ungeachtet der Einbeziehung der Spielhallen in das allgemeine glücksspielrechtliche Regime durch den Glücksspieländerungs-Staatsvertrag 2012 geht es jedoch um gewerbliches Gewinnspiel im Rahmen der auf Gewerbefreiheit beruhenden bundesrechtlichen Regelungen der §§ 33 c ff. GewO.

# II. Bundesstaatliches Kompetenzgefüge

- 1. Kompetenzrechtliche Fragestellung:
  - a) Die Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bedeutete mit der Kompetenzverlagerung des Rechts der Spielhallen auf die Länder einen Eingriff in eine gewachsene, vielfach verzahnte Materie.
  - b) Für den Kompetenzbegriff des Rechts der Spielhallen, der im Grundgesetz nicht definiert ist, wird ganz überwiegend auf die einfachgesetzliche Begrifflichkeit des § 33 i GewO zurückgegriffen. Eine Gegenauffassung will hierfür auf einen weiter gefassten "Lebensbereich" der Spielhallen abstellen.

- c) Letzteres entspräche dem kompetenziellen Anspruch im GlüÄndStV und in weiten Bereichen auch der hierzu ergangenen Ausführungsgesetze der Länder.
- d) Die Ersetzungsbefugnis der Länder nach Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG darf zu keiner verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren Gemengelage von Bundes- und Landesrecht führen. Sie begründet keinen "umfassenden Handlungs- und Gestaltungsspielraum" zugunsten der Länder und kann nicht im Wege des Sachzusammenhangs auf weitergreifende Lebensbereiche erstreckt werden.
- e) Die kompetenzrechtliche Fragestellung umfasst sowohl die n\u00e4here Bestimmung des Kompetenzbegriffs des Spielhallenrechts als auch die Frage der kompetenzrechtlichen Zuordnung. Die Gesetzgebung bewegt sich im Schnittfeld unterschiedlicher Kompetenzmaterien, insbesondere beim gewerblichen Geld-Gewinnspiel in Spielhallen und an anderen Orten. Hierin sind konkrete Kompetenzkonflikte angelegt.

#### 2. Kompetenzkonflikte

- a) Abstandsregelungen, also Bestimmungen, die einen Mindestabstand zu vorhandenen Betrieben und anderen Einrichtungen als Erlaubnisvoraussetzung fordern, sowie das landesrechtliche Verbundverbot verlassen den Rahmen des § 33 i GewO. Ob sie "Recht der Spielhallen" sind, hängt von der Maßgeblichkeit des § 33 i GewO für die Auslegung der Kompetenznorm ab.
- b) Zur Ersetzung von Bestimmungen der SpielV ist der Landesgesetzgeber nur befugt, wenn diese ihrerseits Recht der Spielhallen sind. Dürfte der Landesgesetzgeber das Bundesgesetz ersetzen, zu dessen Durchführung die Verordnung ergangen ist, so würde sich die Ersetzungsbefugnis auch auf die Verordnung erstrecken. Andernfalls besteht keine Ersetzungsbefugnis für Bestimmungen der SpielV. Dies betrifft Bestimmungen über die Höchstzahl der Geräte und über die Ausgabe von Speisen und Getränken.
- c) In Wahrnehmung seiner konkurrierenden Kompetenz hat der Bund mit der Novelle zur GewO aus 2012 Unterrichtungsnachweise und Sozialkonzepte als Voraussetzung der Aufstellerlaubnis normiert. Dahingehende Anforderungen an Betreiber von Spielhallen enthält auch das Landesrecht. Sie sind in § 33 i GewO nicht vorgesehen. Auch hierfür bedarf es der Abgrenzung der Kompetenzmaterien und der kompetenzmäßigen Zuordnung.
- d) Das Werbeverbot des § 26 Abs. 1 GlüÄndStV ist ohne Vorbild im Bundesrecht. Gleiches gilt für die Werbeverbote für Internet und Fernsehen nach § 5 Abs. 3 GlüÄndStV. Für das Recht der Spielhallen bedarf es der Abgrenzung zum Recht des Gewinnspiels. Das Werbeverbot in Fernsehen und

- Internet kann jedenfalls insoweit nicht als Recht der Spielhallen gelten, als es sich auf Werbung für das Spiel selbst bezieht.
- e) Spielersperren sind kennzeichnend für das Spielbankenrecht. Durch Sperrdateien wird ein weiteres Element einer ordnungsrechtlichen Konzeption in das Recht des gewerblichen Spiels in Spielhallen implementiert. Auch unabhängig von der Maßgeblichkeit des § 33 i GewO stellt sich für Sperrdateien die Frage nach der Zuordnung zum Recht der Spielhallen entsprechend der auf örtlich radizierte Materien gerichteten Zielsetzung der Kompetenzverlagerung, oder aber zum Recht des gewerblichen Gewinnspiels.
- f) Ein grundsätzlicher Kompetenzkonflikt besteht im Verhältnis der Ermächtigung des § 28 Satz 2 GlüÄndStV, wonach die Länder "weitergehende Anforderungen" festlegen können, und der Bundeskompetenz für das Recht der Aufstellung von Geldspielgeräten.
- 3. Spielhallen und Spielgeräte als Recht der Wirtschaft: Abgesehen von der Frage einer Festlegung des Landesgesetzgebers auf die wesentlichen Inhalte und Prinzipien des § 33 i GewO sind hier auch kompetenzielle Fragen der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung berührt.

#### III. Recht der Spielhallen, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

# 1. "Recht der Spielhallen": § 33 i GewO

- a) Für die Auslegung einer Kompetenznorm ist dann, wenn sie die Kompetenzmaterie normativ-rezeptiv bestimmt, also durch Bezugnahme auf einen Normenkomplex des einfachen Rechts, maßgeblich auf das traditionelle, herkömmliche Verständnis von Inhalt und Reichweite dieses Normbereichs abzustellen.
- b) Dies betrifft auch das Recht der Spielhallen, wie es der verfassungsändernde Gesetzgeber vorgefunden hat, als er Bezug nahm auf bestimmte Normen der Gewerbeordnung und insbesondere für das Recht der Spielhallen an die vorgefundene Kompetenzmaterie des § 33 i GewO anknüpfte.
- c) Dies wird durch die Genese des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bestätigt. Die Kompetenzabschichtung sollte nur Teilbereiche des Gewerberechts mit lokaler Radizierung erfassen, für das Recht der Spielhallen die Materie des § 33 i GewO – wie dies auch der ganz überwiegenden Sehweise entspricht.
- d) Weitere Auslegungskriterien bestätigen: Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat im Recht der Wirtschaft die differenzierte Regelung der §§ 33 c ff. GewO vorgefunden und ausschließlich das Recht der Spielhallen den Ländern zugewiesen. Wollte man die Kompetenzmaterie auf alle den "Lebensbereich" der Spielhallen berührenden Fragen beziehen, so würde

dies zu einer Gemengelage von Bundes- und Landeszuständigkeiten führen, die es gerade zu vermeiden galt.

- 2. Abgrenzung sachlich zusammenhängender Kompetenzbereiche
  - a) Die den Ländern zugewiesene Kompetenzmaterie ist in Abgrenzung zu den in konkurrierender Zuständigkeit verbliebenen Kompetenzmaterien zu bestimmen. Dies bestätigt die Maßgeblichkeit des § 33 i GewO auch im Hinblick auf die Ersetzungsbefugnis nach Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG. Dabei ist auf den örtlichen Regelungsbezug abzustellen. Dies betrifft auch Regelungen zum Jugendschutz, der generalisierend bereits in § 6 Abs. 1 JuSchG geregelt ist.
  - b) Der sachliche Zusammenhang zwischen dem Recht der Spielhallen nach Maßgabe seiner normativen Ausformung in § 33 i GewO und dem Recht des gewerblichen Gewinnspiels nach § 33 c und § 33 d GewO bedeutet nicht, dass sich die Länderkompetenz für ersteres kraft Sachzusammenhangs auf Teilbereiche des letzteren erstrecken könnte. Die Voraussetzungen hierfür sind nicht gegeben; dies stünde auch im Widerspruch zum Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers.
- 3. Tragweite der Kompetenznorm und Schranken der Kompetenzausübung
  - a) Dem Landesgesetzgeber verbleiben gleichwohl Gestaltungsbefugnisse, er ist nicht auf die "Verwaltung eines Normenbestandes" beschränkt.
  - b) Die Zuständigkeiten des Landesgesetzgebers in Anknüpfung an die spielhallenbezogene Bestimmung des § 33 i GewO und in Abgrenzung zur einfachgesetzlichen Regelung des gewerblichen Gewinnspiels zu bestimmen, bedeutet keine unzulässige "Verfassung nach Gesetz"
  - c) Der Überblick über die durch die Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG initiierte Gesetzgebung der Länder ließ grundlegende Wertungswidersprüche im Verhältnis zur gewerberechtlichen, auf Gewerbefreiheit beruhenden Konzeption des Bundesrechts deutlich werden.
  - d) Im Bundesstaat des Grundgesetzes sind widersprüchliche Schutzkonzepte und Wertungswidersprüche im Verhältnis von Bundes- und Landesrecht aufzulösen. Der Landesgesetzgeber, der ein vom Bundesgesetzgeber kompetenzgerecht entwickeltes Schutzkonzept vorfindet, ist nicht dazu berufen, es nachzubessern, weil er es als verbesserungswürdig wertet.
  - e) In der Zuordnung zu den unterschiedlichen Kompetenzmaterien ist die gewerberechtliche Konzeption des Spielrechts zu wahren und eine kompetenzrechtliche Gemengelage zu vermeiden sowie das Kriterium des örtlichen Regelungsbezugs zu beachten.

# 1. Kriterien kompetenzmäßiger Zuordnung

Das Recht der Spielhallen umfasst nur die Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle, die (bisher) in § 33 i GewO geregelt ist, nicht hingegen das Aufstellen, die Zulassung und den Betrieb von Spielgeräten, die in §§ 33 c ff. GewO und der Spielverordnung normiert sind. Welcher der Kompetenzmaterien einschlägig ist, dies ist nach den gefestigten Kriterien für die kompetenzmäßige Qualifikation von Gesetzen zu ermitteln.

#### 2. Erlaubnisvoraussetzungen

a) Abstandsgebote, Verbundverbot. Wenn allein das Vorhandensein weiterer Spielhallen auch in größerer Entfernung den Betrieb zwingend hindert, so geht es nicht mehr um Lage und Beschaffenheit der Spielhalle und hieraus sich ergebende, konkrete Gefahren wie nach § 33 i GewO. Der Gesetzgeber verfolgt ein generelles Eindämmungskonzept, das selbst dann nicht dem Recht der Spielhallen zugeordnet werden könnte, wenn man dieses nicht auf den Rahmen des § 33 i GewO beschränken wollte. Dies gilt gleichermaßen für das Verbundverbot des § 25 Abs. 2 GlüÄndStV und für Abstandsgebote gegenüber Einrichtungen für Kinder und Jugendliche. Die Bestimmungen über Mindestabstände sind, da innerhalb des gleichen Kompetenztypus Mehrfachzuordnungen möglich sind, auch dem Bodenrecht des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zuzuordnen, das der Bund, wie zuletzt in § 9 Abs. 2 a Nr. 1 BauGB (2013), erschöpfend geregelt hat. Auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ist einschlägig. Die landesgesetzlichen Regelungen stehen zudem im Widerspruch zum gewerberechtlichen, auf dem Grundsatz der Gewerbefreiheit beruhenden Konzept des Rechts des Gewinnspiels im Bundesrecht.

b) Ersetzung der SpielV? Der Landesgesetzgeber ist nicht befugt, Bestimmungen der SpielV zu "ersetzen". Die Ersetzungsbefugnis nach Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG besteht schon deshalb nicht, weil der Bund hier neues Recht erlassen kann. In keinem Fall sind die Länder befugt, einzelne Vorschriften des Bundesrechts punktuell zu ergänzen und so die vorgefundene bundesgesetzliche Regulierung zu intensivieren. Dies betrifft landesgesetzliche Bestimmungen über die zulässige Anzahl von Geldspielgeräten und über die Verabreichung von Speisen und Getränken.

c) Sachkundenachweise, Sozialkonzepte: Die Gesetzgebung der Länder normiert weitere Anforderungen an den Spielhallenbetrieb in Gestalt von Sachkundenachweisen und vom Betreiber vorzulegender Sozialkonzepte. Bundesrecht stellt mit der Novelle zur GewO 2012 gleiche Anforderungen an die Gerätesteller. Durchweg aber geht es um Gefahren, die den gewerb-

lichen Geld-Gewinnspielgeräten zugeschrieben werden. Deshalb sind Bestimmungen über Sachkundenachweise und Sozialkonzepte dem Recht der Geräteaufstellung zuzuordnen. Den Ländern sind parallele Schutzkonzepte verwehrt. Sie sind nicht befugt, das bundesgesetzliche Schutzkonzept nachzubessern,

- d) Werbebeschränkungen: Das Verbot der Spielwerbung durch Außengestaltung der Spielhallen nach § 26 Abs. 1 GlüÄndStV zielt darauf ab, das Geldspiel an Spielgeräten in den Spielhallen zu beschränken und deshalb werbende Hinweise zu untersagen. Wie sich Werbung als Annex zur Ausübung eines Gewerbes darstellt, ist auch die Regulierung der Werbung als Annex zur rechtlichen Regulierung des Gewerbes zu sehen. Es handelt sich um Recht der Geräteaufstellung. Es sind die in den Spielhallen angebotenen Spiele, die deren Gepräge bestimmen. Deshalb sind auch die Werbebeschränkungen des § 5 Abs. 3 GlüÄndStV Recht des gewerblichen Geld-Gewinnspiels und nicht Recht der Spielhallen.
- e) *Sperrdateien:* Für Sperrdateien fehlt es am örtlichen Regelungsbezug. Sie sollen den Spieler am Geld-Gewinnspiel hindern und sind deshalb nach ihrem Regelungsgehalt, ihren Auswirkungen und ihrer Zielsetzung nicht Recht der Spielhalle, sondern materielles gewerbliches Spielrecht. Der Landesgesetzgeber unternimmt es hier, mit dem klassischen glücksspielrechtlichen Instrumentarium der Spielersperre in das gewerbliche Spielrecht einzugreifen. Schon diese Konzeptwidrigkeit indiziert einen kompetenziellen Übergriff, der sich in der konkreten kompetenzrechtlichen Zuordnung zu den Kompetenzmaterien des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG verwirklicht.
- f) § 28 Abs. 2 GlüÄndStV: Die Ermächtigung zu weitergehenden Regelungen nach § 28 Abs. 2 GlüÄndStV ist verfassungskonform zu begrenzen. g) Exkurs zu § 13 Nr. 7 a SpielV neu (Entwurf): Zum vorliegenden Entwurf für eine 6. Verordnung zur Änderung der Spielverordnung ist anzumerken, dass der Vorbehalt der Zulässigkeit nach Landesrecht für Mehrfachspielgeräte nach § 13 Nr. 7 a SpielV in der Entwurfsfassung verfassungskonform nicht als Ermächtigung verstanden werden kann, diese abweichend vom Bundesrecht zu regeln oder über dessen Anforderungen noch hinauszugehen. Dem Verordnungsgeber ist eine dahingehende Öffnung der abschließenden bundesgesetzlichen Regelung verwehrt.
- V. Ergebnisse: kompetenzwidriges Landesrecht
- 1. Im *Gesamtergebnis* erweisen sich zahlreiche der von den Ländern unter unberechtigter Inanspruchnahme ihrer Gesetzgebungskompetenz für das Recht

- der Spielhallen erlassenen, im GlüÄndStV, den Ausführungsgesetzen hierzu bzw. in eigenen Spielhallengesetzen enthaltenen Vorschriften als kompetenzwidrig.
- 2. Die *Gesetzgebung der Länder* missachtet in grundsätzlicher Weise die Trennung der Kompetenzsphären, die Begrenzung der Gesetzgebungskompetenz der Länder und die verfassungsrechtlichen Schranken für deren Kompetenzwahrnehmung und setzt sich in verfassungswidriger Weise in Widerspruch zur bundesgesetzlichen, verfassungsrechtlich fundierten Konzeption des gewerblichen Spielrechts.